

Paradoxo do abstrato e do concreto: um exercício em filosofia experimental do direito¹

*Guilherme da F. C. F. de Almeida
Noel Struchiner*

Resumo: Este artigo discute experimentos recentes envolvendo o paradoxo do abstrato e do concreto no direito. Nossos objetivos são: 1) oferecer um panorama dos experimentos; e 2) apresentar um exemplo de como experimentos podem ser utilizados para enfrentar perguntas filosóficas sobre o direito. Começamos com uma caracterização do paradoxo com base na literatura psicológica (seção I). Veremos que essa literatura sugere a possibilidade da influência do paradoxo sobre a tomada de decisão jurídica (seção II). Os métodos tradicionais da filosofia do direito não são suficientes para responder a essa pergunta. Por outro lado, experimentos

1 Gostaríamos de agradecer a Ivar Hannikainen, Piotr Bystranowski, Bartosz Janik e Maciej Próchnicki pela co-autoria nos dois artigos cujos resultados exploramos no presente capítulo. Essa pesquisa foi financiada pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq; bolsa número: 309735/2019-0), pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ; bolsa número: E-26/201.071/2021), pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES; número 001), e pelo projeto DFG-CAPES “Experimental Legal Philosophy: The Concept of Law Revisited” (projeto número 434400506).

podem nos dar uma resposta clara (seção III). De forma mais específica, veremos que o paradoxo do abstrato e do concreto afeta decisões jurídicas independentemente da incidência de regras ou princípios, persiste entre juízes (seção IV), e ocorre até mesmo em uma cultura jurídica formalista (seção V). Finalmente, discutiremos algumas implicações normativas (seção VI) e nos deteremos em uma estratégia específica para gerar a consistência decisória – a avaliação conjunta (seção VII).

Palavras chave: Filosofia experimental do direito; paradoxo do abstrato e do concreto.

I. O PARADOXO DO ABSTRATO E DO CONCRETO

Nichols e Knobe (2007) realizaram uma série de experimentos em torno do seguinte cenário:

Imagine um universo (Universo A) em que tudo que acontece é completamente causado pelo que aconteceu antes. Isso é verdade desde o início do universo, de modo que o que aconteceu no começo do universo causou o que aconteceu imediatamente depois, e assim por diante até o presente. Por exemplo, um dia João decidiu comer batatas fritas no almoço. Como todo o restante, essa decisão foi totalmente causada pelo que aconteceu antes. Assim, se tudo nesse universo fosse exatamente o mesmo até o momento em que João tomou sua decisão, então João *necessariamente* decidiria comer batatas fritas.²

Após lerem sobre o Universo A, os participantes respondiam a perguntas sobre responsabilidade moral. Uma das vinhetas na condição abstrata perguntava o seguinte:

No Universo A, é possível que uma pessoa seja totalmente moralmente responsável por suas ações? (Sim ou Não)

86% dos participantes responderam que não. Em contraste, considere as respostas à seguinte condição concreta:

No Universo A, um homem chamado Bill passa a se sentir atraído por sua secretária e decide que a única forma de ficar com ela seria matando sua esposa e seus três filhos. Ele sabe que é impossível escapar de sua casa em caso de um incêndio. Antes de sair para uma viagem de negócios, ele arma um dispositivo no porão que incendia a casa e mata sua família. Bill é totalmente moralmente responsável por matar sua mulher e seus filhos? (Sim ou Não)

2 Esse e todos os outros trechos em português citados foram traduzidos dos originais pelos autores. Onde conveniente, também adaptamos os nomes dos personagens (e.g., João, ao invés de John).

Nesta condição, 72% dos participantes responderam que *sim*. Isso soa paradoxal, porque esse resultado é incompatível com a resposta que os participantes deram em abstrato. Afinal, se ninguém pode ser totalmente moralmente responsável por suas ações no Universo A, Bill – um habitante do Universo A – também não poderia ser totalmente moralmente responsável pelo que fez.

Esse não é um resultado isolado. Diversos estudos que investigaram a atribuição de responsabilidade moral encontraram efeitos semelhantes. Mas vários outros tipos de julgamento são afetados pelo grau de abstração com a qual um mesmo problema é apresentado, como decisões sobre doações (Small et al., 2007) e alocação de recursos em um jogo econômico (Small & Loewenstein, 2005). Esses são apenas alguns exemplos de um fenômeno amplo que recebeu o nome de “Paradoxo do Abstrato e do Concreto” (Sinnott-Armstrong, 2008a).

II. O PARADOXO E A TOMADA DE DECISÃO JURÍDICA

A existência dessas assimetrias em vários domínios diferentes sugere uma pergunta sobre o direito: será que as decisões jurídicas também são afetadas pelo paradoxo? Será que juízes, advogados e leigos, quando tentam decidir casos à luz do direito, são influenciados pelo grau de abstração no qual o caso é descrito?

A possibilidade de que o paradoxo do abstrato e do concreto afete a tomada de decisão de vários atores jurídicos diferentes está atrelada a uma série de implicações normativas específicas. Neste artigo, vamos explorar as implicações relacionadas apenas à tomada de decisão judicial. Como juízes podem receber casos descritos em diferentes graus de concretude, é importante saber se esse aspecto da argumentação jurídica afeta as decisões judiciais.

Tradicionalmente, filósofos do direito respondem perguntas como essa a partir da reflexão cuidadosa sobre as características da tomada de decisão no direito em comparação com outros domínios. Considere a seguinte forma de analisar essa pergunta, inspirada pelo trabalho do filósofo Frederick Schauer (em especial, 2012):

Prototipicamente, o direito possui um conjunto de regras claras que são usadas para limitar as opções decisórias de um grupo específico de especialistas que cumprem uma função importante dentro da sociedade. Esse grupo é composto por advogados, juízes e outros oficiais (e.g., delegados de polícia) que ajudam a resolver controvérsias e solucionar problemas de coordenação. O que há de peculiar no direito é justamente o fato de que esse grupo de especialistas não está licenciado e não se vê licenciado a tomar a melhor decisão moral em cada um dos casos. Pelo contrário: em várias ocasiões, os oficiais de um sistema jurídico prototípico aceitam resultados que discordam da

sua própria avaliação moral em nome do respeito às regras do sistema³. Na maior parte das vezes, são as regras do sistema, quando expressas em uma linguagem clara – e não a avaliação moral de cada agente – que determinam quais são as características relevantes de um caso e, portanto, seu resultado. Assim, na medida em que as regras jurídicas não incorporam menção explícita ao grau de concretude, a tomada de decisão jurídica estaria imune ao paradoxo do abstrato e do concreto.

Esse formalismo descritivo⁴ delineado acima contrasta com os casos morais discutidos no começo dessa introdução: ele aponta para um número de *diferenças significativas* entre a tomada de decisão no campo jurídico e a tomada de decisão no campo moral. Ao contrário do que acontece no campo moral, as decisões jurídicas são tomadas por especialistas altamente treinados; de modo similar, as opções decisórias são limitadas por regras claras no caso do direito, o que não acontece no caso da moral. Desta forma, o que vale para a psicologia moral não vale para a psicologia jurídica: o paradoxo do abstrato e do concreto existe; ele só não se aplica a exemplos prototípicos de decisão jurídica. O qualificador “prototípico” é importante aqui. Se aceitamos que o paradoxo do abstrato e do concreto afeta decisões morais, mas não afeta decisões jurídicas *prototípicas*, na medida em que as decisões jurídicas se tornam menos prototípicas, temos mais razões para acreditar que o paradoxo do abstrato e do concreto voltaria a incidir.

O que pode fazer com que uma decisão jurídica se torne menos prototípica? Na narrativa acima, destacamos dois aspectos institucionais: a *expertise* dos tomadores de decisão e a incidência de regras claras. Assim, dois exemplos de decisões jurídicas não prototípicas são aquelas tomadas por leigos no Tribunal do Júri, e aquelas tomadas por *experts* onde regras claras não incidem.

Essa visão formalista oferece uma resposta clara para a nossa pergunta inicial. Acontece que essa não é a única forma de descrever a tomada de decisão jurídica. Considere uma visão alternativa, baseada em uma versão radical do realismo jurídico norte americano (e.g., Frank, 1932):

3 Uma evidência de que as coisas ocorrem assim do ponto de vista empírico, segundo Schauer, seria o chamado “efeito de seleção”, segundo o qual apenas os casos mais difíceis, aqueles cujos fatos são altamente disputados e/ou aqueles para os quais as regras jurídicas são indeterminadas é que são selecionados para serem resolvidos pelos tribunais superiores. Ver Schauer, 2012, p. 22.

4 O formalismo pode ser tanto uma posição descritiva quanto uma posição normativa. No primeiro caso, trata-se de uma posição que descreve o direito como possuindo regras linguisticamente claras que efetivamente constroem a decisão judicial. A posição normativa, por sua vez, defende que o direito deveria ser composto por regras determinadas e que juízes deveriam seguir essas regras, ao invés de suas preferências morais, com base nas virtudes que um modelo de regras pode promover (e.g. certeza, segurança e previsibilidade, eficiência, respeito à separação de poderes e prevenção de erros decisórios). Obviamente, é possível ser um formalista descritivo sem ser um formalista normativo e vice-versa. Ver Schauer, 2012.

A tomada de decisão judicial não é constrangida por regras jurídicas claras. Juízes tomam suas decisões com base em considerações que extrapolam o direito e só depois racionalizam suas decisões com base no material jurídico, incluindo as regras jurídicas. No processo de racionalização, regras podem ser manipuladas para justificar o resultado preferido do julgador por meio dos múltiplos e divergentes cânones de interpretação ao seu dispor (vide Shecaira, 2009). Assim, as regras têm muito menos capacidade de limitar as opções decisórias do que teorias como a de Schauer preveem. Na verdade, é possível argumentar que o direito exerce pouca pressão sobre a tomada de decisão jurídica. Nesse caso, o uso frequente das regras na argumentação jurídica seria apenas uma forma de justificar decisões morais tomadas previamente. A *expertise* jurídica, portanto, não significaria uma mudança na forma como as decisões são tomadas, mas apenas uma mudança na forma como elas são justificadas.

De acordo com essa segunda forma de analisar o direito (a visão realista), a conclusão é diametralmente oposta: temos boas razões para acreditar que o paradoxo do abstrato e do concreto *afeta* a tomada de decisão jurídica, a despeito da *expertise* e da existência de regras claras. Qual das duas respostas está correta? Usando os métodos tradicionais da filosofia do direito, seria difícil resolver esse impasse. Afinal, ambas alternativas estão apoiadas por razões plausíveis.

Vamos considerar primeiro a ideia de que o treinamento e a experiência dos juristas (e, em especial, dos juízes) fazem com que eles estejam imunes ao paradoxo do abstrato e do concreto. Anos de estudo, seguidos pelo contato cotidiano com a solução de problemas jurídicos parecem ser o tipo de coisa que pode fazer com que as pessoas alterem o modo como chegam a certos julgamentos. E, de fato, alguns estudos mostram que a *expertise* jurídica, quando combinada com regras claras, é capaz de frear a influência de vieses políticos (Kahan et al., 2016). Por outro lado, até mesmo juízes são influenciados por outros tipos de vieses (envolvendo intencionalidade) quando consideram questões juridicamente relevantes (Kneer & Bourgeois-Gironde, 2017). Isso indica que também existem tipos de julgamento que não são alterados nem mesmo após anos de estudo e experiência.

O paradoxo do abstrato e do concreto se assemelha mais aos vieses políticos, ou aos vieses que afetam juízos sobre intencionalidade? Em última análise essa é uma pergunta que só pode ser respondida de modo decisivo a partir de dados empíricos. Precisamos investigar se decisões tomadas no campo jurídico, por profissionais jurídicos e após a consulta a fontes do direito também são afetadas pelo paradoxo. Além disso, é importante notar que não é *qualquer* dado empírico que é capaz de responder às nossas perguntas de modo preciso. Por exemplo: entrevistar juízes parece ser um método inadequado, dado que os juízes podem estar enganados sobre as suas próprias capacidades e podem não ter acesso introspectivo aos fatores que influenciam suas

próprias decisões. Até mesmo uma pesquisa jurisprudencial que use as decisões como ponto de partida pode ter dificuldades em isolar os mecanismos causais relevantes. Afinal, casos no mundo real divergem não só quanto ao seu grau de abstração, mas também quanto a outras dimensões potencialmente relevantes. Portanto, a forma mais direta de responder a essa pergunta envolve o uso de experimentos. Usando esse método, podemos reconstruir os processos e conceitos que moldam o raciocínio jurídico de modo preciso, mesmo que eles não sejam introspectivamente acessíveis pelos próprios agentes⁵.

Dois artigos recentes (Struchiner et al., 2020; Bystranowski et al., 2021) fizeram exatamente isso. Através de uma série de experimentos, eles revelaram que o paradoxo do abstrato e do concreto afeta decisões jurídicas, mesmo quando elas são tomadas por juízes experientes, independentemente da incidência de regras ou princípios. Além do mais, o paradoxo persiste em uma cultura jurídica que se enxerga como extremamente formalista (a Polônia) e parece ser causado por fatores afetivos.

III. A IMPORTÂNCIA DO MÉTODO EXPERIMENTAL

Para investigar a incidência do paradoxo do abstrato e do concreto em casos envolvendo decisões jurídicas, nós realizamos uma série de experimentos. Antes de descrever os resultados desses estudos, é importante explicar o que é um experimento, dado que as conclusões filosóficas que pretendemos explorar estão ligadas às características desse método.

Experimentos são ferramentas desenhadas para investigar relações de causalidade. Em um experimento ideal, compararíamos duas populações que diferem entre si única e exclusivamente quanto ao fator que pretendemos investigar (usualmente chamado de “tratamento” ou “manipulação”). Esse tratamento ou manipulação, por sua vez, define diferentes condições.

Para ilustrar essa estratégia ideal, imagine que temos acesso a uma máquina do tempo e que ainda estamos interessados em investigar a relação causal entre o grau de abstração no qual um caso é descrito e os juízos jurídicos sobre esse caso.⁶ Neste cenário hipotético, poderíamos recrutar um conjunto de juízes (e.g., Joana, João e Marcos) e perguntar como decidiram sobre o seguinte caso:

Condição intermediária

Uma estudante do segundo ano do Ensino Médio passa no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM). Essa estudante não

5 O uso desse método é uma das características distintivas da filosofia experimental do direito (“*experimental jurisprudence*”). Para a revisão mais recente do campo, ver Prochownik, 2021.

6 A análise de uma situação idealizada para ilustrar as propriedades de um experimento foi inspirada por Paul & Healy, 2018.

possui o certificado de conclusão do Ensino Médio. Contudo, tal certificado figura como requisito para o ingresso em Instituição de Ensino Superior (IES) de acordo com a Lei 9.346/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Ainda assim, essa estudante pretende matricular-se na faculdade com autorização judicial.

Deve o juiz obrigar a universidade a aceitar a matrícula de uma estudante nessas circunstâncias?

Imagine que Joana, João e Marcos respondem a essa pergunta de forma negativa. Após anotarmos os resultados, poderíamos acionar a máquina para voltar no tempo exatamente a quantidade de minutos necessária para substituímos a pergunta que formulamos a Joana, João e Marcos. Agora, apresentamos a eles a seguinte vinheta:

Condição concreta

Maria, uma jovem estudante do segundo ano do Ensino Médio, passa no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), sendo aprovada para o curso de Direito da UERJ. Maria, que estuda no Colégio Estadual Celestino da Silva, no Centro do Rio de Janeiro, não possui o certificado de conclusão do Ensino Médio. Contudo, tal certificado figura como requisito para o ingresso em Instituição de Ensino Superior (IES) de acordo com a Lei 9.346/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Ainda assim, para evitar o desgaste envolvido em refazer o concorrido exame, Maria pretende matricular-se na faculdade com autorização judicial.

Deve o juiz obrigar a UERJ a aceitar a matrícula de Maria?

Suponha que, em reação ao novo caso, Joana, João e Marcos respondem de forma afirmativa. Se aceitamos que a única diferença entre as duas vinhetas é o grau de abstração com o qual a questão jurídica é colocada⁷, teríamos razões conclusivas para aceitar que o paradoxo do abstrato e do concreto influencia, pelo menos em alguma medida, a tomada de decisão judicial. Isso decorre do fato de que – ao menos em nosso cenário hipotético – não há *nenhuma outra diferença* entre as duas situações: fizemos a mesma pergunta aos mesmos participantes, que não foram expostos anteriormente à versão alternativa do estudo. Assim, a diferença observada entre as respostas *só pode* ter sido causada pela diferença entre as vinhetas. Nesse caso, o fator que manipulamos foi o grau de abstração com o qual descrevemos a situação jurídica. Essa manipulação resultou em duas condições diferentes: a condição intermediária e a condição concreta.

No mundo real, não temos acesso a máquinas do tempo. Portanto, não podemos obter respostas das mesmas pessoas para duas situações alternativas sem excluir a

7 Alternativamente, alguém poderia contestar a equivalência e dizer que o caso de Maria é uma situação excepcional.

possibilidade de que esse próprio ato interfira em suas reflexões. Como resultado, nunca podemos ter certeza absoluta sobre a relação de causalidade. Sempre é possível que *aquela mesma pessoa* ou aquele mesmo *grupo* tivesse respondido de modo consistente caso fosse exposto à condição alternativa.

Para contornar essa limitação, pesquisadores recrutam um número consideravelmente maior de participantes e os distribuem de modo aleatório entre as condições do experimento. A combinação dessas duas características (alto número de participantes e distribuição aleatória) faz com que as características pessoais (e.g., idade, gênero, expertise, posição política...) de participantes em cada condição de um experimento sejam aproximadamente iguais. Além disso, a presença de um número relativamente grande de participantes em cada um dos grupos assegura que as opções idiossincráticas de alguns participantes – embora existentes – não afetem o resultado como um todo. Assim, caso seja possível detectar alguma diferença estatisticamente significativa entre as respostas dos participantes de cada um dos grupos, podemos inferir que essa diferença foi causada pelo grau de abstração com que os casos jurídicos foram formulados – e não por outros fatores que se relacionam com a nossa hipótese de modo meramente acidental.

Compare essa estratégia com a alternativa de realizar uma pesquisa jurisprudencial. Não é incomum que essas pesquisas incorporem uma etapa qualitativa na qual um grupo de pesquisadores anota certas informações a respeito de um número de processos judiciais (e.g., Leite et al., 2020). Imagine que adotássemos essa estratégia. Nesse caso, selecionaríamos uma amostra de processos sobre um determinado assunto (por exemplo, a liberdade de imprensa) e classificaríamos cada um deles em função de seu grau de abstração. Assim, teríamos como resultado dessa primeira etapa um grupo de processos abstratos e um grupo de processos concretos. Esse passo já representa um desafio metodológico: quais fatores objetivos fazem com que um processo seja mais abstrato ou mais concreto? Como classificar processos que possuem algumas partes muito concretas (e.g., a petição inicial), e outras partes muito abstratas (e.g., a contestação)? Essas são perguntas difíceis que quem faz pesquisas jurisprudenciais com etapas qualitativas tem que responder. Suponhamos por um momento que essas dificuldades sejam superadas. Em nosso estudo hipotético, encontramos critérios objetivos que satisfazem a todos e conseguimos demonstrar que todos os pesquisadores convergiram na aplicação desses critérios. Finalmente, ao analisarmos os dados, descobrimos uma diferença entre as sentenças dos processos classificados como concretos e daqueles classificados como abstratos: os processos do grupo concreto são julgados a favor da imprensa de modo significativamente mais frequente do que os processos do grupo abstrato. Será que poderíamos inferir desse resultado que a diferença observada foi *causada* pela diferença em abstração? Essa certamente é uma

possibilidade que se torna mais provável com os resultados, mas invariavelmente existirão outras diferenças entre os processos que também poderiam explicar a diferença observada. Por exemplo: pode ser que um jornal específico com muitos processos no nosso conjunto de dados tenha, ao mesmo tempo, uma prática editorial mais responsável e um advogado afeto a descrever fatos de maneira concreta. Nesse caso, parece muito mais provável que os resultados observados sejam causados pela prática editorial do que pelo nível de abstração.

Em pesquisas jurisprudenciais, não temos controle sobre esses fatores que também podem exercer influência sobre o fenômeno que queremos investigar⁸. Em contraste, em um experimento bem desenhado, a única diferença relevante entre as condições é o tratamento.

Nos estudos que conduzimos, havia, ainda, uma terceira condição, mais abstrata que as anteriores:

Condição abstrata

Tendo em vista que existe uma lei que estabelece como requisito necessário para matricular-se em universidade o certificado de conclusão do Ensino Médio, devem juízes obrigar as universidades a aceitar a matrícula de pessoas que não cumprem esse requisito?

IV. A EVIDÊNCIA

Usando esses três níveis de abstração como condições experimentais, recrutamos 197 participantes. Cada participante recebia, além do caso envolvendo a regra do ENEM, mais dois casos envolvendo regras e um caso envolvendo o princípio da dignidade da pessoa humana (Struchiner et al., 2020). Todos os quatro casos eram descritos no mesmo nível de abstração: quando um participante clicava no *link* que usamos para distribuir nossa pesquisa, ele era aleatoriamente distribuído a uma das nossas três condições experimentais.

O estudo revelou uma diferença estatisticamente significativa entre as respostas nas três condições. Mais especificamente, participantes tenderam a responder de modo diferente às versões abstratas e intermediárias das vinhetas em comparação com as versões concretas. Em contraste, a diferença entre as versões intermediárias e abstratas não alcançou o patamar de significância estatística. Além disso, ao contrário do que a visão formalista teria previsto, a influência do grau de abstração não foi restrita a casos regulados por princípios vagos. Casos controlados por regras claras (como o caso do ENEM) também variaram em função da manipulação experimental.

8 Na literatura internacional, eles costumam ser chamados de “confounding factors”.

Os resultados desse primeiro experimento sugerem que diferenças no grau de abstração influenciam julgamentos jurídicos. Mas o que está por trás dessa relação? Qual é o mecanismo através do qual o grau de abstração exerce essa influência?

A resposta mais popular a essa pergunta na literatura sobre o paradoxo do abstrato e do concreto na psicologia envolve o papel das emoções. Segundo essa teoria, o que explica a diferença entre casos concretos e casos abstratos é que apenas os primeiros acionam nossas respostas afetivas (ver, por exemplo, Nichols & Knobe, 2007).

Para avaliar a plausibilidade dessa explicação no caso do direito, incluímos no nosso estudo uma série de perguntas desenhadas para medir o grau de empatia emocional de cada um dos participantes. Os resultados mostraram que as respostas na condição intermediária foram especialmente influenciadas pela empatia emocional: pessoas com baixa empatia emocional tratavam casos intermediários como se fossem abstratos, enquanto pessoas com alta empatia emocional tratavam casos intermediários como se fossem concretos. Esse achado sugere que a explicação afetiva também é promissora no caso jurídico.

A maioria das 197 pessoas que participaram do primeiro experimento possuía algum treinamento jurídico⁹. Ainda assim, esses dados não são suficientes para afastar a visão formalista. Recordemos que essa visão enfatiza o papel dos *especialistas* e a instrução universitária, embora necessária, não é suficiente para fazer com que alguém seja um *expert* em direito; também é necessário algum contato mais prolongado com a prática jurídica. Essa resposta prevê que, caso fizéssemos um experimento semelhante com juízes, obteríamos resultados diferentes.

Em um novo experimento usando os mesmos casos, contamos com a participação de 44 juízes e desembargadores dos TRFs das 2ª e 3ª regiões. Apesar da vasta experiência jurídica dos participantes (em média, 20 anos), novamente encontramos diferenças estatisticamente significativas entre as versões abstratas e concretas das vinhetas (Struchiner et al., 2020).

Deste modo, é difícil aceitar a visão formalista com relação ao paradoxo do abstrato e do concreto no caso do direito *brasileiro*. Mas talvez isso não perturbasse filósofos como Frederick Schauer. Afinal, Schauer não estava centralmente preocupado com o direito brasileiro. Talvez outros sistemas jurídicos, como o americano, se comportem como o esperado pelos proponentes da visão formalista. Segundo essa explicação, os resultados que obtemos refletem o caráter *não paradigmático* do direito brasileiro. Mais especificamente, para que essa defesa funcione, é necessário que o direito brasi-

9 Dos participantes, 90 eram formados em direito e 36 cursavam a graduação em direito.

leiro se afaste dos exemplos paradigmáticos ao impor menos limites ao raciocínio moral dos oficiais jurídicos do que outros sistemas jurídicos.

Será que o direito brasileiro se afasta dos casos paradigmáticos nessa dimensão? Parte da academia acredita que sim (e.g., Leal, 2015). Para avaliar se essa é uma atitude restrita a certos círculos acadêmicos ou se reflete um sentimento mais geral da academia brasileira, convidamos 70 pareceristas da Revista Direito, Estado e Sociedade a responder um breve questionário comparando juristas brasileiros e estrangeiros contendo perguntas como “Sempre que possível, juízes brasileiros decidem casos com base no significado literal da regra aplicável, mesmo quando eles pessoalmente não concordam com o resultado indicado pela regra” (Bystranowski et al., 2021). Os resultados revelaram que os juízes brasileiros são vistos como significativamente menos constrangidos pelo direito do que suas contrapartes estrangeiras.

Assim, a visão formalista pode recorrer às idiosincrasias do direito brasileiro para explicar os resultados dos estudos que descrevemos até aqui. Essa nova resposta também traz novas possibilidades de teste: se a visão formalista está certa, então se segue que, em casos paradigmáticos de direito no qual os juízes se sentem constrangidos pelas regras jurídicas, a decisão jurídica não deve ser afetada pelo paradoxo do abstrato e do concreto.

Distribuindo o mesmo questionário sobre a atitude comparada de juízes nacionais e estrangeiros que discutimos acima para professores das oito principais faculdades de direito polonesas, encontramos o padrão diametralmente oposto de resultados: enquanto os juízes brasileiros são vistos pelos acadêmicos do nosso país como menos constrangidos por regras do que juízes estrangeiros, juízes poloneses são vistos por seus conterrâneos do meio acadêmico como *mais* constrangidos por regras do que juízes de outros países. Desta forma, segundo a visão formalista, juristas poloneses não seriam influenciados pelo grau de abstração com o qual uma mesma questão é colocada.

Em mais um experimento, apresentamos as vinhetas discutidas acima traduzidas para o polonês a 86 leigos, 183 estudantes de direito e 72 juízes poloneses. Os resultados foram essencialmente os mesmos que vimos no Brasil. O paradoxo do abstrato e do concreto exerceu uma influência significativa e de magnitude semelhante sobre juízes jurídicos de *experts* e leigos, seja quando o caso envolvia regras ou quando ele envolvia o princípio da dignidade da pessoa humana. Além disso, assim como no caso brasileiro, análises envolvendo diferenças pessoais em empatia emocional indicam um papel importante do envolvimento afetivo nessa influência (Bystranowski et al., 2021).

Como um todo, essas evidências indicam que devemos rejeitar a visão do formalismo descritivo com relação ao paradoxo do abstrato e do concreto. A visão realista parece

oferecer uma descrição melhor do comportamento dos participantes dos nossos experimentos. Mas será que o comportamento dos participantes nos nossos experimentos reflete o que acontece no mundo real?

V. VALIDADE ECOLÓGICA

À primeira vista, mesmo dada a evidência empírica acima, o paradoxo do abstrato e do concreto pode parecer uma curiosidade meramente acadêmica. Afinal, é possível argumentar que as circunstâncias nas quais juristas respondem a um experimento diferem de modo expressivo da prática. Por exemplo: experimentos envolvem vinhetas artificialmente simples, que eliminam a complexidade que acompanha a tomada de decisão jurídica. Enquanto, em nossos estudos, a decisão é tomada após a leitura de uma vinheta contendo apenas um parágrafo, no mundo real as decisões são tomadas após a leitura de várias peças processuais e após a interação com advogados e partes. Outra diferença importante diz respeito à cronologia: experimentos são respondidos em poucos minutos, enquanto a tomada de decisão jurídica se prolonga no tempo. Essas diferenças entre as circunstâncias de um experimento e o que acontece no mundo real costumam ser discutidas na psicologia sob a expressão “validade ecológica” (para uma análise crítica do conceito, ver Holleman et al., 2020). Em geral, a preocupação é saber se o que aprendemos através de experimentos a respeito de mecanismos causais em um contexto artificial nos ensina algo sobre o que acontece no mundo real.

Em última análise, essa também é uma pergunta empírica. Pode ser que decisões jurídicas no mundo real sejam ou não afetadas pelo paradoxo do abstrato e do concreto. Mas como podemos testar essa hipótese de modo empírico? Já vimos que os métodos não experimentais enfrentam dificuldades metodológicas importantes.

Dada essa dificuldade, talvez seja melhor perguntar se há cenários em que as próprias características institucionais do direito tornam provável a existência de discrepâncias no nível de concretude com o qual casos são descritos. Em caso afirmativo, parece que o paradoxo é relevante mesmo fora da academia. No caso do direito, há um contexto extremamente importante no qual esse parece ser o caso: o julgamento de questões constitucionais pelo STF.

O STF julga questões sobre direito constitucional tanto em ações de controle concentrado de constitucionalidade quanto através do julgamento de recursos (em especial, de recursos extraordinários) (Silva, 2021, Capítulo 30). Acontece que as características de cada um desses modelos fazem com que as questões jurídicas tendam a ser descritas de forma mais abstrata em processos do primeiro tipo e de forma mais concreta em processos do segundo tipo. Por exemplo, em um Recurso Extraordinário, a parte tem que mostrar o seu interesse de recorrer e oferecer um histórico do processo desde a sua origem, o que envolve necessariamente uma descrição específica dos fatos que ensejaram a atuação judicial. Esse histórico é refletido no relatório preparado pelo

relator para o tribunal. Por outro lado, em ações do controle concentrado (por exemplo, em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade), a discussão não envolve nenhum caso concreto. Nesse contexto, é natural (embora não seja necessário) que os argumentos se deem inteiramente em termos mais abstratos.

De modo importante, não há divisão temática entre essas duas competências. Uma questão sobre a constitucionalidade de uma prática adotada pelo executivo federal, por exemplo, pode chegar ao tribunal por intermédio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade ou por intermédio de um Recurso Extraordinário, dependendo das opções de vários atores jurídicos. Isso parece ser normativamente relevante a partir do momento em que levamos em consideração o paradoxo do abstrato e do concreto: o que o paradoxo revela é que a constitucionalidade de uma lei pode depender do instrumento processual utilizado para questioná-la.

Essa conclusão soa problemática porque a constitucionalidade de uma lei não deveria depender do rito processual envolvido em seu questionamento. Essa dependência soa arbitrária. E o direito não deve ser arbitrário. Cabe perguntar, portanto, o que deveríamos fazer a respeito disso.

VI. IMPLICAÇÕES NORMATIVAS

Experimentos, por si só, não são capazes de indicar qualquer conclusão normativa. Para avaliar quais são as consequências normativas do paradoxo do abstrato e do concreto, é necessário postular alguma premissa normativa, o que envolve alguns compromissos metaéticos. Acima, assumimos que o direito não deve ser arbitrário. A pergunta que se coloca nesse caso é: devemos privilegiar julgamentos concretos ou abstratos? Quem aceita uma determinada teoria moral substantiva (e.g., o utilitarismo), responderá a essa pergunta avaliando qual tipo de julgamento se sai melhor de acordo com o seu critério preferido de avaliação; a concretude ou a abstração são apenas heurísticas que podem ser empregadas para alcançar os objetivos morais especificados pela teoria substantiva.

Em contraste, diferentes tipos de céticos sobre o julgamento moral (Sinnott-Armstrong, 2008b) terão atitudes distintas quanto às implicações do paradoxo para o direito. O cético moral substantivo defende que teorias morais substantivas – como a teoria do utilitarismo mencionada acima – não podem ser qualificadas como verdadeiras (Sinnott-Armstrong, 2008b). Mas se teorias morais e suas proposições substantivas não podem ser classificadas como *verdadeiras*, então não há resposta certa para a pergunta sobre qual método – abstrato ou concreto – deve ser preferido para promover a *verdade* moral. Ainda assim, um cético moral substantivo poderia manter uma preferência pela consistência por razões que extrapolam considerações morais substantivas, como as ideias de coordenação e previsibilidade.

Finalmente, é possível ser um cético epistemológico sobre a moralidade (Sinnott-Armstrong, 2008b). Para o cético epistemológico, é impossível saber quais crenças morais substantivas específicas são verdadeiras ou falsas por limitações epistemológicas que tornam a verdade das teorias e proposições inacessíveis. Contudo, o cético epistemológico não precisa ser um cético moral substantivo: ele pode acreditar que existe alguma crença substantiva verdadeira, apesar de ser impossível saber qual dentre as muitas crenças possíveis é a verdadeira. Nesse caso, pode ser racional adotar uma estratégia propositadamente inconsistente, requerendo que os juristas dessa sociedade sigam tomando decisões ora em abstrato, ora em concreto. Como não se sabe qual teoria moral é a verdadeira, a preservação do modelo misto garante que pelo menos *alguns* casos serão decididos de modo moralmente correto¹⁰.

VII. AVALIANDO UMA PROPOSTA NORMATIVA

Com frequência, argumentos normativos também contém premissas descritivas. Por exemplo, já vimos que um cético moral substantivo poderia argumentar que o mais importante é garantir a consistência das decisões. Isso sugere uma pergunta empírica: quais estratégias decisórias levam a decisões consistentes?

Uma opção seria a promoção da *avaliação conjunta* de casos. Essa estratégia envolve neutralizar os efeitos do paradoxo ao forçar os juízes a tomarem suas decisões após considerar uma mesma questão tanto da perspectiva abstrata quanto da perspectiva concreta. Um cético moral substantivo recomendaria a avaliação conjunta dos casos, mas somente se essa estratégia for eficaz em promover a consistência. Isso sugere como a pesquisa normativa e a pesquisa empírica podem se retroalimentar.

Nossos estudos mostraram que estudantes de direito e juízes brasileiros expostos a casos iguais em graus de abstração diferentes tendem a dar a mesma resposta a todos os casos. Curiosamente, a estratégia é menos eficaz entre leigos (Struchiner et al., 2020), o que pode estar relacionado a uma maior pressão por coordenação no caso dos *experts* (Hannikainen et al., 2021).

O teste da avaliação conjunta tem ainda outras implicações interessantes: se os juízes julgam de forma consistente quando recebem os casos descritos simultaneamente nos diversos níveis de concretude/abstração, isso indica que, dado a oportunidade de refletir, os juízes entendem que estão lidando como os *mesmos casos* e que por isso merecem o mesmo tipo de tratamento.¹¹ Essa evidência sugere que os próprios juízes

10 Para discussões muito mais amplas sobre esse ponto, ver Struchiner et al., 2020; Struchiner & Hannikainen, 2016.

11 Embora a consistência seja avassaladora na condição de avaliação conjunta e a prevalência seja no sentido de tratar os casos concretos da mesma forma que os casos abstratos, nem sempre as coisas ocorrem dessa forma. Algumas vezes, a direção de ajuste da consistência se inverte e os casos abstratos passam a ser tra-

enxergam a assimetria observada na avaliação separada como um paradoxo: em avaliação conjunta, os juízes não concordam com o tratamento diferenciado que dão aos casos em avaliação separada.

Outra descoberta surpreendente é que a opção por um sistema jurídico com mais regras do que princípios não é suficiente para resolver o problema da consistência. É muito comum a literatura filosófica se restringir a essa discussão (e.g., Schauer, 2012), afirmando que regras, por serem mais claras e determinadas, promovem a consistência, e princípios, por serem vagos e frequentemente envolverem linguagem moralmente carregada, geram controvérsias profundas. Mas os experimentos relatados mostram que regras também estão sujeitas ao paradoxo e, conseqüentemente, a não entregarem a almejada consistência. Talvez, a escolha entre regras e princípios, embora importante, não seja o principal fator a ser discutido. Devemos incluir no nosso cardápio de discussão, também, a questão da abstração e concretude dos casos apresentados, algo que tem sido negligenciado pela literatura de teoria e filosofia do direito.

Finalmente, se os profissionais do direito quiserem resolver o problema da inconsistência sem reformas processuais no sistema (reformas que exigem a análise do caso num determinado nível de concretude/abstração sempre – talvez essa alteração seja custosa, ou demorada, ou pouco eficiente na prática), então a melhor aposta talvez seja provocar a avaliação conjunta artificialmente. Isso, por exemplo, é algo que um advogado pode fazer por meio de um argumento apresentando seu caso num nível maior de abstração para contrapor a tentativa do seu adversário de apresentar o caso num alto grau de concretude. Mas até mesmo juízes, que não querem incorrer no paradoxo, podem estabelecer um auto sinal de aviso ou de precaução mental: “sempre avalie o mesmo caso pensando em diversos níveis de aplicação”. Juízes podem treinar seu pensamento contrafático e sua capacidade de imaginar o mesmo caso apresentado em diversos níveis de concretude/abstração para não serem engabelados ou se sentirem seduzidos por um resultado que não endossam sob uma condição reflexiva.

VIII. CONCLUSÃO

A discussão acima é apenas um exemplo de problema filosófico sobre o direito que se beneficiou de uma perspectiva experimental. Ao longo deste capítulo, tentamos ilustrar a estratégia geral da filosofia experimental de modo didático a partir deste exemplo. Para tal, vimos como a filosofia tradicional do direito trataria o tópico do paradoxo do abstrato e do concreto. Após, vimos como experimentos nos ajudaram a responder perguntas descritivas que provavelmente permaneceriam sem resposta dentro do paradigma tra-

tados da mesma forma que os casos concretos. Entender os fatores que influenciam essas escolhas requer mais estudos.

dicional. Uma dessas perguntas, conforme revelada no debate entre formalistas descritivos e realistas, diz respeito a como decisões jurídicas são tomadas e os fatores que influenciam os julgamentos no direito. Contribuímos para esse debate fazendo testes com especialistas em direito. Juízes com mais de 20 anos de experiência (em média) foram suscetíveis ao paradoxo do abstrato e do concreto, seja na aplicação de regras, ou de princípios. Na sequência, vimos como essas respostas, por sua vez, nos ajudam a delinear as implicações normativas possíveis a partir da consideração de diferentes premissas normativas e metaéticas. Finalmente, vimos que podemos avaliar propostas reformistas específicas, mais ou menos modestas, a partir de novos experimentos.

Recentemente, vários outros tópicos receberam tratamentos semelhantes¹². Mas ainda há muito território inexplorado na filosofia experimental do direito, especialmente quanto às implicações para o direito brasileiro. Assim, convidamos o/a leitor/a a se unir ao movimento da filosofia experimental do direito, usando ferramentas como as que buscamos desmistificar neste capítulo para investigar conceitos e processos cognitivos importantes para o direito e para a filosofia do direito.

REFERÊNCIAS

- Bystranowski, P., Janik, B., Próchnicki, M., Hannikainen, I. R., Almeida, G. F. C. F. & Struchiner, N., 2021. Do Formalist Judges Abide By Their Abstract Principles? A Two-Country Study in Adjudication. *International Journal for the Semiotics of Law – Revue Internationale de Sémiotique Juridique*. <https://doi.org/10.1007/s11196-021-09846-6>.
- Fontainha, F. de C., Leme de Mattos, M. A. & Nuñez, I. S. (Eds.), 2016. *História oral do Supremo: 1988-2013, v. 12: Luiz Fux* (1ª edição, v. 12). FGV Direito Rio.
- Frank, J., 1932. What Courts Do in Fact. *University of Illinois Law Review*, 26, 645-666.
- Hannikainen, I., Tobia, K., Almeida, G., Struchiner, N., Kneer, M., Bystranowski, P., Dranseika, V., Strohmaier, N., Bensinger, S., Dolinina, K., Janik, B., Lauraityte, E., Laakasuo, M., Liefgreen, A., Neiders, I., Próchnicki, M., Rosas Martinez, A., Sundvall, J. & Zuradzki, T., 2021. Coordination Favors Legal Textualism by Suppressing Moral Valuation. *SSRN Electronic Journal*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3973111>.
- Holleman, G. A., Hooge, I. T. C., Kemner, C. & Hessels, R. S., 2020. The ‘Real-World Approach’ and Its Problems: A Critique of the Term Ecological Validity. *Frontiers in Psychology*, 11, 721. <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2020.00721>.
- Kahan, D. M., Hoffman, D., Evans, D., Devins, N., Lucci, E. & Cheng, K., 2016. “Ideology” or “Situation Sense”? An Experimental Investigation of Motivated Reasoning and Professional Judgment. *University of Pennsylvania Law Review*, 164(2), 349-439.

12 Vide, por exemplo, a questão sobre a intencionalidade: Kneer & Bourgeois-Gironde, 2017; Tobia, 2020. Para a revisão mais recente do campo, ver Prochownik, 2021.

- Kneer, M. & Bourgeois-Gironde, S., 2017. Mens rea ascription, expertise and outcome effects: Professional judges surveyed. *Cognition*, 169, 139-146. <https://doi.org/10.1016/j.cognition.2017.08.008>.
- Leal, F., 2015. Seis objeções ao direito civil Constitucional. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, 9(33), 123-164. <https://doi.org/10.30899/df.v9i33.155>.
- Leite, F. C., Hannikainen, I. R., Mello, R. G. & Lins, S. F. de F., 2020. *A liberdade de imprensa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*. Centro para Estudos Empíricos-Jurídicos. https://www.plebpub.science/_files/ugd/2656a8_723bb328085b42d0876eb2c1103694a0.pdf.
- Nichols, S. & Knobe, J., 2007. Moral Responsibility and Determinism: The Cognitive Science of Folk Intuitions. *Nous*, 41(4), 663-685. <https://doi.org/10.1111/j.1468-0068.2007.00666.x>.
- Paul, L. A. & Healy, K., 2018. Transformative Treatments. *Noûs*, 52(2), 320-335. <https://doi.org/10.1111/nous.12180>.
- Prochownik, K. M., 2021. The experimental philosophy of law: New ways, old questions, and how not to get lost. *Philosophy Compass*, 16(12). <https://doi.org/10.1111/phc3.12791>.
- Schauer, F., 2012. *Thinking like a lawyer: A new introduction to legal reasoning*. Harvard University Press.
- Shecaira, F. P., 2009. *Interpretação jurídica e indeterminação* [Dissertação de Mestrado]. Instituto de Filosofia e Ciências Sociais – UFRJ.
- Silva, V. A., 2021. *Direito Constitucional Brasileiro*. edUSP.
- Sinnott-Armstrong, W., 2008a. Abstract + Concrete = Paradox. In J. Knobe & S. Nichols (Eds.), *Experimental Philosophy* (pp. 209-230). Oxford University Press.
- Sinnott-Armstrong, W., 2008b. *Moral skepticisms*. Oxford University Press.
- Small, D. A. & Loewenstein, G., 2005. The devil you know: The effects of identifiability on punishment. *Journal of Behavioral Decision Making*, 18(5), 311-318. <https://doi.org/10.1002/bdm.507>.
- Small, D. A., Loewenstein, G. & Slovic, P., 2007. Sympathy and callousness: The impact of deliberative thought on donations to identifiable and statistical victims. *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 102(2), 143-153. <https://doi.org/10.1016/j.obhdp.2006.01.005>.
- Struchiner, N., Almeida, G. da F. C. F. de & Hannikainen, I. R., 2020. Legal decision-making and the abstract/concrete paradox. *Cognition*, 205, 104421. <https://doi.org/10.1016/j.cognition.2020.104421>.
- Struchiner, N. & Hannikainen, I. R., 2016. A insustentável leveza do ser: Sobre arremesso de anões e o significado do conceito de dignidade da pessoa humana a partir de uma perspectiva experimental. *Civilitica.Com*, 5(1), 1-25.
- Tobia, K. P., 2020. *Legal Concepts and Legal Expertise*. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3536564.